

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Bewijsuitsluiting buiten artikel 359a Sv)

Borgers, M.J.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Bewijsuitsluiting buiten artikel 359a Sv)*, No. 415, Jan 29, 2013. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 29 januari 2013, nr. 10/04292 en HR 29 januari 2013, nr. 11/04579

M.J. Borgers

1. Artikel 359a lid 1 Sv ziet op vormen die ‘bij het voorbereidend onderzoek’ zijn verzuimd. De Hoge Raad leest hierin nadrukkelijk een afbakening in het toepassingsbereik van artikel 359a Sv (vgl. rov. 3.4.2 in HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. YB). Onder ‘voorbereidend onderzoek’ wordt verstaan – overeenkomstig artikel 132 Sv – het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Dat voorbereidend onderzoek neemt in principe een aanvang met het opsporingsonderzoek. Daardoor geldt dat in principe alleen verzuimen ter zake van de toepassing van een bevoegdheid die binnen het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv valt (en voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting), kunnen gelden als vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv. Activiteiten van particulieren of van (bestuurlijke) overheidsorganen waarvoor het openbaar ministerie niet verantwoordelijk is, vallen daarbuiten. Voorts is van belang dat, wanneer er wel sprake is van voorbereidend onderzoek in zin van artikel 132 Sv, dat voorbereidend onderzoek betrekking heeft op het aan de verdachte ten laste gelegde feit waarover de rechter in de strafzaak heeft te oordelen. De consequentie hiervan is onder andere dat vormverzuimen die zijn begaan in het kader van het onderzoek tegen een ander dan de verdachte en/of in relatie tot een ander feit dan aan de verdachte ten laste wordt gelegd, buiten het bereik van artikel 359a Sv vallen. Zie nader Corstens/Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 728; vgl. voorts HR 26 juni 2012, *NJ* 2013/85 m.nt. F.W. Bleichrodt en HR 26 juni 2012, *LJN* BW9199.

2. Dat artikel 359a Sv in bepaalde situaties geen toepassing vindt, betekent niet zonder meer dat er door de strafrechter geen consequenties zouden kunnen worden verbonden aan de onrechtmatige vergaring van bewijsmateriaal. In relatie tot particulier optreden geldt – nog los van de situatie dat de strafvorderlijke overheid (indirect) betrokken is geweest bij die vergaring (vgl. o.a. HR 10 april 2012, *LJN* BU7636) – dat onrechtmatig optreden van natuurlijke of rechtspersonen onder omstandigheden een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging in de strafzaak tot gevolg heeft dat dit dient te leiden tot uitsluiting van bewijsmateriaal dat tengevolge van dat onrechtmatig optreden is verkregen (aldus HR 1 juni 1999, *AAe* 2000, p. 117-121 m.nt. Y. Buruma, nadien herhaald in HR 14 januari 2003, *NJ* 2003/288 m.nt. YB en HR 18 maart 2003, *NJ* 2003/527; in enigszins andere bewoordingen HR 20 maart 2012, *LJN* BV7501). Een extreme wijze van verkrijging van het bewijsmateriaal of een ernstige frustratie van de uitoefening van de verdedigingsrechten kan tot bewijsuitsluiting leiden. Zie Bleichrodt, *Over burgers en opsporing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 13-19 en Corstens/Borgers 2011, p. 736-737.

Ook wanneer het gaat om het optreden van overheidsdienaren waarvoor het openbaar ministerie geen verantwoordelijkheid draagt, bestaat er enige ruimte om consequenties te verbinden aan onrechtmatigheden. In HR 27 september 2011, *NJ* 2011/557 m.nt. T.M. Schalken overweegt de Hoge Raad dat het (in strijd met de penitentiaire regelgeving) opnemen van telefoongesprekken door de penitentiaire inrichting niet kan worden begrepen onder ‘bij het voorbereidend onderzoek’ in de zin van artikel

359a Sv. De Hoge Raad neemt *daarnaast* echter in aanmerking dat in deze zaak niet is gebleken van een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde dan wel een zodanige veronachtzaming van de rechten van de verdediging dat bewijsuitsluiting zou moeten plaatsvinden. De Hoge Raad verwijst hierbij naar één van de arresten met betrekking tot particulier speurwerk (*NJ* 2003/527).

In het verlengde hiervan kan worden gewezen op de onrechtmatige verkrijging van bewijsmateriaal door vreemde autoriteiten. Heel kort gezegd geldt dan dat, ook al vindt artikel 359a Sv geen toepassing omdat het onderzoek niet onder verantwoordelijkheid van het (Nederlandse) openbaar ministerie is geschied, de (Nederlandse) rechter mag – en zo nodig ook moet – toetsen of, gelet op de wijze waarop de resultaten van die onderzoekshandelingen worden gebruikt in de strafzaak tegen de verdachte, het recht op een eerlijk proces van artikel 6 lid 1 EVRM wordt gewaarborgd (HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011/169 m.nt. T.M. Schalken).

3. Hoe zit het dan met het optreden van politie en justitie dat op zich strafrechtelijk van aard is, maar niet kan gelden als ‘voorbereidend onderzoek’? Bestaat er ook dan ruimte om, buiten artikel 359a Sv om, tot bewijsuitsluiting te komen? Te denken valt dan aan de situatie waarin handelingen van politie en justitie buiten het verband van de opsporing plaatsvinden, maar wel op enigerlei wijze informatie opleveren dat voor latere onderzoeken relevant kan zijn. Een voorbeeld betreft het afnemen van DNA-materiaal en het bewaren van een DNA-profiel op grond van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden. In HR 31 mei 2011, *NJ* 2011/412 m.nt. T.M. Schalken wordt overwogen dat het onrechtmatig afnemen van een referentiemonster en vervolgens het vervaardigen en bewaren van het DNA-profiel op zich niet geldt als vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv, maar de Hoge Raad haalt ook hier weer het criterium aan uit de rechtspraak met betrekking tot particulier optreden, namelijk of er sprake is van een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde dan wel een zodanige veronachtzaming van de rechten van de verdediging dat toch bewijsuitsluiting zou moeten plaatsvinden.

4. Hoe passen de hierboven afgedrukte arresten in de lijn van deze rechtspraak? In *NJ* 2013, 415 draait het – wederom – om (beweerdelijke) onregelmatigheden ter zake van de afname van DNA-materiaal en het bewaren van een DNA-profiel, terwijl het in *NJ* 2013, 414 gaat om een (beweerdelijk) onterecht niet uit de politieregisters verwijderde vingerafdruk gaat. De Hoge Raad benadrukt dat buiten het kader van artikel 359a Sv slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor bewijsuitsluiting op grond van vormverzuimen. De ruimte daartoe bestaat alleen, zo geeft de Hoge Raad aan, wanneer door het vormverzuim een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in zodanig aanzienlijke mate is geschonden dat de uitkomst van het desbetreffende onderzoek van het bewijs zou moeten worden uitgesloten.

5. Bij bestudering van deze arresten valt een aantal zaken op. Ten eerste, rov. 3.4.2 (*NJ* 2013, 414)/rov. 2.3.3 (*NJ* 2013, 415) vangt heel algemeen aan met ‘Buiten het kader van artikel 359a Sv’, hetgeen suggereert dat de Hoge Raad een overweging met een algemeen geldend karakter geeft, die dan ook van toepassing zou zijn op particulier optreden of onderzoek door niet-strafrechtelijke overheidsorganen. Echter, in die overweging wordt tegelijkertijd de – toch strafvorderlijk klinkende – term ‘vormverzuimen’ gehanteerd, terwijl tevens wordt gerefereerd aan ‘een belangrijk *strafvorderlijk* voorschrift of rechtsbeginsel’. Daardoor lijkt de Hoge Raad hier toch vooral of alleen het oog te hebben op optreden van politie en justitie, in al die gevallen waarin geen sprake is van voorbereidend onderzoek ter zake van het aan de

verdachte ten laste gelegde feit. Daaronder vallen dan overigens niet alleen handelingen in de sfeer van het afnemen van DNA-materiaal na afloop van een strafzaak en het bewaren van allerhande gegevens in de politieregisters, maar ook de situatie waarin het optreden van politie en justitie op zich wel heeft te gelden als opsporing in de zin van artikel 132a Sv, maar dat opsporingsonderzoek geen betrekking heeft op het aan de verdachte ten laste gelegde feit. Ook dan is er dus een – kleine – opening voor het uitsluiten van bewijsmateriaal. In die zin reeds A-G Knigge in onderdeel 4.10 van zijn conclusie voor HR 13 november 2012, *NJ* 2013/413 m.nt. M.J. Borgers.

Ten tweede kan erop worden gewezen dat het criterium voor bewijsuitsluiting dat de Hoge Raad hier verschaft, naar de letter eigenlijk een non-criterium is – iets dat overigens wel vaker voorkomt in het recht. Het gaat om een schending ‘in zodanig aanzienlijke mate’ dat bewijsuitsluiting geboden is. Maar wat bepaalt dan het omslagmoment tussen enerzijds een schending die wel aanzienlijk is, maar niet zodanig aanzienlijk dat bewijsuitsluiting moet plaatsvinden en anderzijds de schending die wel zodanig aanzienlijk is? Enigszins verwarrend is ook dat het gaat om de schending van ‘een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel’, hetgeen de indruk zou kunnen wekken dat de criteria van artikel 359a Sv worden aangelegd, terwijl het hier juist *niet* gaat om de toepassing van artikel 359a Sv.

6. Toch lijkt de Hoge Raad ook weer niet een wezenlijk andere koers te varen dan in de onder 2 en 3 besproken rechtspraak. Weliswaar zoekt de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte arresten niet duidelijk aansluiting bij het sinds 1999 in die rechtspraak gebezigde criterium, toch bestaat er in hoge mate gelijkenis in formulering met een recent arrest over particulier optreden, waarin als maatstaf wordt gebezigd of dit optreden – een fouillering door een particuliere beveiligingsmedewerker – ‘zo zeer in strijd is met het recht dat het resultaat daarvan niet kan meewerken tot het bewijs’ (HR 20 maart 2012, *LJN* BV7501). En het refereren aan (een zodanige schending van) ‘een (belangrijk) strafvorderlijk voorschrift of beginsel’ treft men eveneens aan in rechtspraak ter zake van particulier optreden (zie HR 10 april 2012, *NJ* 2012/264, zij het dat hier het accent ligt op de mogelijke betrokkenheid van overheidsdienaren bij het particuliere optreden).

Als we er inderdaad van mogen uitgaan dat de Hoge Raad aansluiting heeft willen zoeken bij de rechtspraak over particulier optreden, biedt dat houvast voor de invulling van het (non-)criterium dat de Hoge Raad hier bezigt. Bewijsuitsluiting komt dan in beeld indien het optreden van politie en justitie een zeer ernstige schending van het recht – waaronder ook te begrijpen: belangrijke strafvorderlijke voorschriften en beginselen – oplevert, waardoor het in strijd zou zijn met alle fatsoensregels – en dus met de beginselen van een behoorlijke procesorde – om van de resultaten gebruik te maken, dan wel (anderszins) een ernstige aantasting van de verdedigingsrechten van de verdachte teweeg is gebracht. (Als die aantasting rechtstreeks de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal ondermijnt, levert dat overigens reeds een zelfstandige grond op om dat materiaal buiten beschouwing te laten.)

7. In het oog springt nog dat de Hoge Raad de nadruk legt op het uitzonderlijke karakter van bewijsuitsluiting buiten het verband van artikel 359a Sv. Op zich wekt dat geen verbazing. De Hoge Raad heeft, eerst met het afvoerpijparrest (*NJ* 2004/376) en recent ook weer met het arrest van 19 februari 2013 (*NJ* 2013/308 m.nt. B.F. Keulen), duidelijk gekozen voor een tamelijk strikte afbakening van het toepassingsbereik van artikel 359a Sv en daarbinnen ook de mogelijkheid van bewijsuitsluiting. Aan onrechtmatige vergaring van materiaal dat direct of indirect voor een strafzaak relevant is, worden alleen gevol-

gen verbonden als artikel 359a Sv – zoals uitgelegd en uitgewerkt door de Hoge Raad – daartoe noopt. Daarmee is niet gezegd dat, wanneer artikel 359a Sv geen toepassing vindt, dergelijke onrechtmatigheden niet serieus zouden moeten worden genomen en ook niet dat een reactie daarop in het geheel achterwege zou moeten blijven. Maar dat betekent nog niet, zo is onmiskenbaar de strekking van de rechtspraak van de Hoge Raad, dat die reactie *in de strafzaak* moet volgen. Tegelijkertijd erkent de Hoge Raad dat die lijn niet tot in de uiterste consequenties kan worden volgehouden. Een overdrukbeveiliging is noodzakelijk, indien het gebruik maken van het vergaarde materiaal in de weg staat aan een eerlijk proces of wanneer aan dat materiaal een dusdanig ernstige smet kleeft dat het gebruik ervan door de strafrechter zeer onbehoorlijk zou zijn. Alsdan vormen de verdedigingsrechten dan wel de beginselen van een behoorlijke procesorde een *zelfstandige* grondslag voor bewijsuitsluiting (vgl. ook onderdeel 7 van de noot van Bleichrodt onder HR 26 juni 2012, NJ 2013/85).

De vraag rijst wellicht of hierin verandering is opgetreden ten gevolge van het zo-even genoemde arrest van 19 februari 2013. Daarin wordt immers de mogelijkheid van bewijsuitsluiting nog strakker dan voorheen aan banden gelegd in gevallen waarin artikel 359a Sv wel van toepassing is (zie hierover uitvoerig de noot van Keulen in NJ 2013/308). Wordt de toch al heel beperkte ruimte voor bewijsuitsluiting buiten het verband van artikel 359a Sv daardoor niet verder geminimaliseerd? Ik meen van niet. In het arrest van 19 februari 2013 is een – onherstelbare – schending van het recht op een eerlijk proces als zelfstandige grond voor bewijsuitsluiting overeind gebleven. Daarnaast wordt aan bewijsuitsluiting een rol toegekend – zij het onder stringente randvoorwaarden – als middel om (toekomstige) vormverzuimen te voorkomen en aldus om de integriteit van de opsporing te bewaken of te herstellen. In die benadering past het naar mijn mening om ook buiten het verband van artikel 359a Sv te belemmeren dat door de strafvorderlijke autoriteiten gebruik wordt gemaakt van bewijsmateriaal indien daaraan een extreme wijze van verkrijging van het bewijsmateriaal ten grondslag ligt of wanneer daardoor de uitoefening van de verdedigingsrechten op ernstige wijze wordt gefrustreerd. Bewijsuitsluiting staat hiermee, zij het meer indirect, evenzeer in het licht van het garanderen van een eerlijk proces en het bewaken van de integriteit van de strafvorderlijke overheid.

8. In de hierboven afgedrukte arresten – en ook de rechtspraak waarop hier wordt voortgebouwd – ligt impliciet nog de boodschap besloten dat het de verantwoordelijkheid van de wetgever is om ervoor zorg te dragen dat, in al die gevallen dat de strafrechter niet kan, mag of wil ingrijpen, er – mede gelet op artikel 13 EVRM – effectieve remedies beschikbaar zijn (vgl. Buruma, *Strafblad* 2013, p. 14 en Buruma, *NJB* 2013, p. 595). De hierboven afgedrukte arresten onderstrepen daarmee – nogmaals – de noodzaak om alternatieven te ontwikkelen voor (straf)rechterlijke controle op vormverzuimen (vgl. daarover nader Borgers & Kooijmans, in: *Roosachtig strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36).